

ボワソナードの雇傭契約論

—労働者保護に注目して—（上）

La théorie du louage de services par Gve BOISSONADE :
la protection des travailleurs (1)

博士後期課程 民事法学専攻 2013年度入学

野 原 香 織

NOHARA Kaori

【論文要旨】

本稿は、明治政府の御雇外国人法学者ボワソナードの雇傭契約論を明らかにするものである。

ボワソナードは、“契約自由の原則”にもとづき、雇傭関係に国家が干渉することは原則認められないとしながらも、未成年者の労働条件規制、労働環境の安全衛生確保、ストライキの容認など、必要に応じて国家が立法により干渉することを認めていた。

また、ボワソナードが起草した旧民法の「雇傭契約」の規定には、労働者と使用者間の平等性を基本とする一方で、終身雇傭の禁止や不当解雇に対する賠償といった労働者保護を目的とする規定が含まれていた。これは、労働者が弱者であることを考慮したもので、注目される。しかし、これらの規定はすべてその後の明治民法で修正又は変更され、労働者保護の観点は後退することとなった。

【キーワード】 ボワソナード、雇傭契約 (louage de services)、旧民法、明治民法、労働者保護

目次

はじめに

第1章 労働問題に対するボワソナードの見解

第1節 ボワソナード講演「日本に於ける労働問題」

第2節 ボワソナードに対する批判—金井延「ボアソナード氏ノ経済論ヲ評ス」—

第2章 ボワソナードの「雇傭契約」論

第1節 「雇傭契約」の性質

第2節 旧民法との異同

第3節 明治民法との異同

【以上、本号】

第3章 ボワソナードの「習業契約」論

【以下、次号】

第1節 「習業契約」の性質

第2節 「習業契約」規定の特徴

第3節 明治民法における削除

おわりに

はじめに

本稿は、明治政府の御雇外国人法学者ボワソナード（Gustave Emile BOISSONADE DE FONTARABIE:1825.6.7－1910.6.27）の雇傭契約論を明らかにするものである。

ボワソナードは、明治前期に旧刑法・治罪法・旧民法等を起草した「日本近代法の父」⁽¹⁾として広く知られる人物であり、とりわけ旧民法のうち彼が起草した部分（財産法部分）を指す「ボワソナード民法」の研究は、これまで多くの研究者によってなされてきた。たとえば、「ボワソナード民法」の編纂過程については、多数の資料を用いてその過程を詳細に明らかにした、大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』⁽²⁾が近年最大の包括的研究書として挙げられる。また、ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成』⁽³⁾は、「ボワソナード民法」の編纂過程に現れた重要な諸草案・諸資料を体系的に整序・復刻し解題を付した画期的業績である。編纂過程だけでなく旧民法の内容全体にわたる総合研究としては、11編の論文を含む『特集・民法100年 ボワソナード民法典とは何か』⁽⁴⁾がまとまっている。さらに、ボワソナードの民法理論に関する個別具体的な研究については、数多くの先行研究がある⁽⁵⁾。最近刊行された池田真朗『ボワソナードとその民法』⁽⁶⁾はその代表的研究である。

(1) 大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』（岩波新書、1977年）。

(2) 大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂出版、1999年）。

(3) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成』（雄松堂出版、1998－2000年）、『ボワソナード民法典資料集成 第Ⅱ期』（雄松堂出版、2001－2006年）。

(4) 『特集・民法100年 ボワソナード民法典とは何か』（『法律時報』70巻9号、1998年）。

(5) たとえば、時効に関する金山直樹『時効における理論と解釈』（有斐閣、2009年）、物権変動に関する七戸克彦『対抗要件主義に関するボワソナード理論』（『法学研究』第64巻第12号、1991年）、抵当権に関する藤原明久『ボワソナード抵当法の研究』（有斐閣、1995年）、詐害行為取消権に関する佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001年）、片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶應義塾大学出版会、2011年）、債権譲渡に関する池田真朗『債権譲渡の研究』（弘文堂、1993年〔増補二版、2004年〕）、賃貸借に関する小柳春一郎『近代不動産賃貸借法の研究―賃貸借・物権・ボワソナード―』（信山社出版、2001年）といった諸研究が挙げられる。

(6) 池田真朗『ボワソナードとその民法』（慶應義塾大学出版会、2011年）。

以上のように「ボワソナード民法」に関しては膨大な先行研究があるが、ボワソナードの雇傭契約論に焦点をあてたものは、管見の限りみあたらない。しかし、注目すべきことに、ボワソナードは明治 25 (1892) 年に東京で「日本に於ける労働問題」と題した講演をおこない、当時の日本の労働問題の深刻性を明らかにし、今後日本がとるべき労働立法の在り方について言及しているのである⁽⁷⁾。そもそも、ボワソナードは、法律学だけでなく経済学分野の著作も多く残しており、経済と法の接点ともいえる“労働法”の分野に関心をもったのは当然のことともいえるだろう。

したがって、ボワソナードがどのような労働立法観にもとづいて「雇傭契約」に関する諸規定を旧民法草案のなかに規定しようとしたのかをみることは、これまで注目されてこなかったボワソナードの重要な一面を明らかにしうるものと考ええる。

他方で、雇傭法史研究の面からこの問題をとらえると、ボワソナードが旧民法に規定しようとした雇傭契約論の解明は、日本における近代的雇傭法の形成過程を分析することにつながる。

これまでの明治前期雇傭法史研究の多くは、主に明治 10 年代から 20 年代にいたる「職工・徒弟条例案」⁽⁸⁾を中心に論じてきた⁽⁹⁾。それに対し、旧民法における雇傭規定の内容に関する研究は数少ない。服藤弘司「明治前期の雇傭法」、牧英正『雇用の歴史』は、主として使用者や労働者の呼称の点から旧民法の規定には近世の身分法的要素が残存していると指摘し⁽¹⁰⁾、福島正夫『日本資本主義の発達と私法』では、雇傭契約の期間の規定から拘束期間がより短い旧民法は明治民法に比べて「進歩的」だと評価された⁽¹¹⁾。しかし、これらの評価は旧民法や明治民法の条文を検討したものにはすぎない。その点、矢野達雄「日本民法典における雇傭規定の成立 (1) (2)」⁽¹²⁾は、旧民法から明治民法までの編纂過程や両法典の起草担当者の立法意図もふまえて、雇傭規定の成立とその内容を分析するもので注目されるが、同論文は民法典の編纂過程全体における「雇用規定の資本主義法としての形態的規定性如何を中心に論じ」たものであり⁽¹³⁾、また残念なことに未完に終わっているため、ボワソナードが旧民法で規定しようとした雇傭契約論の

(7) このボワソナード講演を主題にしたおそらく唯一の論文として、小牧近江「ボワソナード—日本労働法への寄与—」(『社会労働研究』1、1954 年)がある。

(8) 明治 10 年代において傭主・被傭者間及び授業者・徒弟間を規律する法の制定が要求され、農商務省でも法案の作成が進んだが、20 年代にいたりその制定が見送られた一連の関連法案のことを指す(矢野達雄『近代日本の労働法と国家』(成文堂、1993 年)26 頁以下)。

(9) 「職工・徒弟条例案」制定の問題を法史学の分野から研究したものとして、矢野達雄「職工・徒弟条例制定問題の歴史的意味」(『阪大法学』112 号、1979 年)(のちに、矢野達雄・前掲『近代日本の労働法と国家』に第一章として収録)が代表的である。

(10) 服藤弘司「明治前期の雇傭法」(『金沢大学法文学部論集法経篇』8 号、1960 年)106-108 頁、牧英正『雇用の歴史』(弘文堂、1977 年)269-271 頁。

(11) 福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会、1988 年)85 頁、168-170 頁。

(12) 矢野達雄「日本民法典における雇傭規定の成立 (1)」(『愛媛法学雑誌』第 13 巻第 1 号、1986 年)、同「日本民法典における雇傭規定の成立 (2)」(『愛媛法学雑誌』第 13 巻第 2 号、1987 年)。

(13) 矢野達雄・前掲「日本民法典における雇傭規定の成立 (1)」、121 頁。

具体的分析にまではいたっていない。

そこで、本稿では、「ボワソナード民法」研究と雇傭法史研究の接点であるボワソナードの雇傭契約論を、ボワソナードによる旧民法の仏文草案及びそれに対する註釈⁽¹⁴⁾の検討を中心に考察することにした。ボワソナードが旧民法で規定しようとした雇傭契約論の特徴を明らかにし、またそれが明治民法でどのように「修正」されていったのかをみることは、ボワソナード研究のみならず、日本における近代的労働立法史研究にも資することができると考えるのである。

以下本稿では、まず、先にふれた講演「日本に於ける労働問題」から労働問題に対するボワソナードの見解を示し、そのうえで、労働者と使用者の関係が定められている旧民法財産取得編の「雇傭契約」と「習業契約」の規定を主に註釈内容から検討したい。

第1章 労働問題に対するボワソナードの見解

第1節 ボワソナード講演「日本に於ける労働問題」

明治25(1892)年10月15日、ボワソナードは、東京の「仏学会(Société de Langue Française)」⁽¹⁵⁾本部において「日本に於ける労働問題(LA QUESTION OUVRIÈRE AU JAPON)」と題した講演をおこなった⁽¹⁶⁾。本節では、この講演の内容を手がかりにして労働問題に対するボワソナードの見解を明らかにしていきたい⁽¹⁷⁾。

1. 日本の労働問題の深刻性⁽¹⁸⁾

ボワソナードは、講演の冒頭で「もし日本において労働問題が未だに全く発生していないと信

⁽¹⁴⁾ ボワソナードによる旧民法仏文草案註釈書は、刊行順に「プロジェ初版」、【プロジェ第二版】、【プロジェ新版】の三種ある。本稿で分析する「雇傭契約」と「習業契約」の註釈は、【プロジェ第二版】(Gve Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, deuxième édition, 5 vols, Tokio, 1882-1889.)、及び【プロジェ新版】(Gve Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, nouvelle édition, 4 vols, Tokio, 1890-1891.)に記載がある。

なかでも、【プロジェ新版】は、明治23(1890)年の旧民法公布の翌年に出されたものであるため、公布された旧民法の条文をふまえつつ更に加筆や修正をなされた註釈書であり、ボワソナードの民法に対する「理想・本音」が現れているとされている(金山直樹『【プロジェ新版】について』(『ボワソナード民法典資料集成』第1回配本〔後期IV〕、雄松堂出版、1998年)。実際、「雇傭契約」「習業契約」に関しても、最も註釈内容が充実しているため、本稿では主に【プロジェ新版】における註釈を引用することにした。なお、必要があれば【プロジェ第二版】や、【公定訳版・民法理由書】(*Code civil de l'empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs*, traduction officielle, 4 vols, Tokio, 1891.)の記述も引用する。

⁽¹⁵⁾ 「仏学会」は、「仏語学校を設立して仏語の勉学と和法及び仏法の教授の便宜と与へる」ことを主目的として明治19(1886)年10月に設立され、ボワソナードはその名誉会員であった(法政大学百年史編集委員会資料部会『法政大学史資料集』第二集(法政大学、1978年)、1-52頁)。

⁽¹⁶⁾ 『LA QUESTION OUVRIÈRE AU JAPON, Conférence faite à TÔKYÔ, le 15 Octobre 1892, au siège de la Société de Langue française, par M.G. BOISSONADE』, *la Revue Française du Japon*, N°10, 1892. この講演録は邦語に翻訳され、同年10月29日発行の『東京経済雑誌』第26巻第647号、同年11月1日発行の『法学協会雑誌』第10巻第11号、及び同年11月3日発行の『国民之友』第11巻第171号に掲載されている。

⁽¹⁷⁾ 本講演については、小牧近江・前掲「ボワソナード—日本労働法への寄与—」、矢野達雄・前掲「日本民法典における雇傭規定の成立(2)」においてもすでに検討がなされている。

じているとすれば、それは盲目的かつ危険な楽観主義である」と述べ、日本ですでに労働問題が発生していることをうたえた。

まず、ボワソナードは「アメリカン・ボード・ミッション (*American Board of Missions*)」の年次報告⁽¹⁹⁾を引用し、主に軽工業の工場における長時間労働、低賃金、劣悪な労働環境を指摘する。そして、このような労働状況が続くと、今後日本でも資本家に対する労働者の反抗が起き、それにより賃金上昇や労働時間短縮といった結果が生じると予測する。また、東京で起きた瓦・煉瓦職人によるストライキ（同盟罷工）において労働者側の要求が認められた⁽²⁰⁾ことを評価しつつも、労働者の過度な要求を助長促進し、また他の職業団体もストライキを起こす可能性を述べる。

さらに、日本で労働問題が注目されるにつれ、新聞がヨーロッパにならい8時間労働を主張し、議会でも労働に対する立法干渉を支持する労働者階級擁護者が出現するとの観測を示す。そのうえで、国家による労働への干渉の可否については政治・経済的な観点から問題を分析し慎重に判断すべきであると、ボワソナードは主張する。

2. 労働に対する立法権の干渉の可否⁽²¹⁾

国家が労働問題に対処するために立法権によって労働に対して干渉することができるか否かについて、ボワソナードは、労働者が (a) 成人男性、(b) 成人女性、(c) 未成年者である場合の三点に分けて以下のように考える。

(a) 成人男性

ボワソナードは、「いかなる場合においても、大人の、とりわけ成年に達した男性の労働時間について法的な干渉を容認することはできない」という。なぜならば、成人男性は自己決定により必要に応じて自由に雇傭契約を締結する権利を有するからである。また、労働時間制限や最低賃金を法律で設けることにより資本家が費用負担の増加を理由に廃業した場合、その立法は労働者に不利なものになると危惧する。さらに、労働時間制限の対象となる産業の線引きが困難であることも指摘する。ボワソナードがこのような見解をとっていたのは、労働者と資本家双方の利害が両立可能な労働立法を前提とし、労働者・資本家間の雇傭契約に国家が干渉することは原則認められないという、市民法的な“契約自由の原則”を基本としていたからである⁽²²⁾。

(18) Boissonade, op.cit., pp.1-4.

(19) *THE LABOR QUESTION IN JAPAN*, THE JAPAN WEEKLY MAIL, Aug.20.1892. に全文が掲載されている。

(20) たとえば、左官職工によるストライキは、雑報「東京市内左官ノ同盟罷工」(『東京経済雑誌』第26巻第636号、明治25年8月13日)、社説「左官職工同盟罷工ノ原因及ビ結果」(同誌第26巻第638号、同年8月27日)で報じられ、また、煉瓦職人によるストライキは、雑報「東京市内煉化職工ノ同盟罷工」(同誌第26巻第638号、同年8月27日)、社説「煉瓦積職工ノ同盟罷工」(同誌第26巻第639号、同年9月3日)、*STRIKES IN TOKYO*, THE JAPAN WEEKLY MAIL, Sept.17.1892. で報じられている。

(21) Boissonade, op.cit., pp.4-8.

(22) ボワソナードの経済思想がいわゆる“レッセ・フェール、レッセ・パッセー (*Laissez faire, Laissez passer*)”的な自由放任主義にもとづいていたことは、先行研究によって明らかにされている(山村喬「経済学者ボワソ

他方で、政府や府県会といった権力機関が労働環境の安全衛生整備を強制することについては、成人男性労働者が対象であっても反対しない⁽²³⁾。要するに、ボワソナードが断固として反対したのは、法律による労働時間の制限および最低賃金の設定であった。

(b) 成人女性

成人女性の労働時間を法律によって制限することに対して、ボワソナードは否定的である。もっとも、それは成人男性の場合のように自己決定によって自由に働く権利を有するからではない。すなわち、成人女性は、既婚であれば「夫権」、未婚であれば「父権」の下にあるため⁽²⁴⁾、過剰労働等から彼女達を守るのは第一義的に「夫」や「父」であり、国家が立法によって成人女性の労働条件に干渉することはできないからだとする。

なお、ボワソナードは、産後の労働再開に対して強制的に制限をかけることは例外的に容認する。ただし、それについても必要な産休期間には個人差があるため、労働再開の時期を一般規則で定めることには困難が生じるとの懸念を示す。

(c) 未成年者

他方で、未成年者に関しては、その労働条件を規制し保護をはかることは国家の権利かつ義務であるとしてボワソナードは積極的に認める。未成年者が働く間は「父権」が及ばないため、未成年労働者の酷使に対して国家による保護の余地があるからである。労働中に「夫権」ないし「父権」が及ばない点では成人女性の場合も同様と考えられるが、ボワソナードは、未成年者は身体的に未発達であり労働災害にあう危険性が高いため、行政による細心の警戒を必要としているとする。

そこで、ヨーロッパ各地ですでに未成年者の工場労働に関する法律や規制が存在していることを指摘し、日本でも未成年者労働を制限する法律を制定する必要性を説く。具体的には、就業における一般的な最低年齢と、鉱業等の特定の危険産業に関する特別最低年齢を定め、また一日の労働時間中に数回の休憩時間と少なくとも週休一日を強制することである。さらに、これらの規制を保障するため、府県に監督官を新設することを提案する。

そして、日本における未成年労働者に対する立法の一例として、みずからが起草した旧民法典中の「習業契約」規定における「師匠・親方による習業者の教育保障義務」を挙げる。「習業契約」は、旧民法において「財産取得編 第12章雇傭及ヒ仕事請負ノ契約 第2節習業契約」として

ナード」(『法学志林』第71巻第2・3・4合併号(ボアソナード先生来日百年記念号)、1973年)62-63頁、大久保泰甫・前掲『日本近代法の父 ボワソナード』27-31頁、野田良之「解説」(G・Eボワソナード(久野桂一郎訳)『経済学者ラ・フォンテーヌ』、みすず書房、1979年)128頁)。

(23) Boissonade, op.cit. p.6.

(24) 当時、フランスでは、ナポレオン民法典で「夫権 (puissance maritale)」・「父権 (puissance paternelle)」が定められていた。それにより、夫は居所指定権、妻のなす一定の法律行為に対する許可権等を有し、父は懲戒権、子が家から出ることへの許可権等を有していた。夫権は1938年に、父権は1942年に廃止された(高橋朋子『近代家族団体論の形成と展開』(有斐閣、1999年)306-307頁)。

規定されている（旧民法のボワソナード草案では、「第3編財産取得編 第21章雇傭契約及び請負契約 第2節習業契約」）。これは、成人労働者（主として男性）を対象とした「第1節雇傭契約」とは別に、その特別規定として主に未成年者を対象としたものである。詳細は本稿第3章にゆずるが、その内容には、未成年労働者たる「習業者」の保護をはかる規定が含まれていた。実際、ボワソナードは、公布された旧民法の註釈書のなかで、「習業契約」の規定を設けた目的の一つに、日本に存在しなかった未成年労働者の権利・利益を保護する規定の新設を挙げているのである⁽²⁵⁾。

3. ストライキ（同盟罷工）の容認⁽²⁶⁾

ボワソナードはストライキ（同盟罷工）を容認し、労働者がストライキをおこなう権利に関して、フランスの第二帝政下で労働者によるストライキの主唱者に対して規定されていた刑罰を廃止した法律は「高度の合理性がありかつ正当な法令であった」と評価する。そのうえで、みずから起草した日本の旧刑法典においても、ストライキが労働を妨害する目的又は賃金を増加させる目的で「策略（ruses）」や「暴力（violences）」をとまっておこなわれる場合に限り罰すると規定することで、労働者によるストライキは暗に認められていると述べる⁽²⁷⁾。もっとも、ボワソナードがストライキへ理解を示していたのは、今日的な意味でのいわゆる“争議権”を認めていたとまではいえず、あくまで自由放任主義を基本とし、市民として対等な立場にある使用者と労働者の双方が団結し平穩に自己の権利を主張することを認めていたにとどまると解するべきであろう⁽²⁸⁾。

当時、ボワソナードが最も危惧していたのは、労働者によるストライキよりも、使用者（資本家）が連携して解雇歴やストライキ参加歴のある労働者を雇うことを禁じ、違反した場合は罰金を科すといった、使用者間の協定による“労働者締め出し”であった。このような“労働者締め出し”は、日本でも発生しており各種の新聞・雑誌で報道され非難を浴びていた⁽²⁹⁾。ボワソナード

⁽²⁵⁾ Gve Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, nouvelle édition, tome 3, livre III des moyens d'acquérir les biens, Art 601-1000, 1891, pp. 1030-1031. 以下、引用にあたっては、projet と略記する。

⁽²⁶⁾ Boissonade, op. cit., pp. 8-11.

⁽²⁷⁾ ボワソナードは、ストライキを禁ずる旧刑法第270条について、「初メヨリ直チニ真ノ經濟主義ニ基キ作業ノ自由即チ職工製造主相互ニ自己ノ利益ヲ平和ニ弁論スルノ權ハ之ヲ各自ニ与」え、本罪の適用を「職工若クハ製造主ヨリ暴行又ハ脅迫ヲ以テ此自由ヲ妨害シタル時ニ」限る意図のものであると述べる。また、続く第271条では同様の趣旨で、使用者が「偽計威力」をもって労働者や他の使用者を妨害することを禁ずる（『旧刑法別冊（2） 刑法草按注解 下』（吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集』9、信山社出版、1992年）834頁-836頁）。

⁽²⁸⁾ ボワソナードは、ストライキに関して「なおまた賃金を上げさせるための労働者のストライキとこれに対抗するための使用者の連携とがあります。しかし、わが刑事法律はそれをもはや犯罪とは認めません：公権力はただ働きたいと思う人たちの自由を、これらの人の意思にかかわらずストライキにひきずりこもうとする人人に対して、保障することにしか留意しません」と述べている（野田良之・前掲「解説」（『経済学者ラ・フォンテーヌ』）124頁）。

ドは、このような使用者間の連合は、労働者のストライキを防止するために脅迫によって攻勢に出たものであり、許容できるものではないとする。また、法律的にも、ストライキを禁ずる協定や罰金は不法原因であるため何の権利もなく、こうした連合は旧刑法第 271 条により「労働の自由を妨げる傾向がある」として罰せられる可能性があることを指摘する。

4. 労資（使）協調の重要性⁽³⁰⁾

ボワソナードはストライキを容認し、その効果についても理解を示していたが、積極的に推奨していたわけではなかった。実際、ストライキに暴力がともなうことで、最終的に労働者・資本金（使用者）双方が弱体化し国家の経済も停滞すると指摘する。さらに、目下形成されつつある世界的な労働者組織の出現により、労資（使）間の対立の危機は全世界的なものに拡大すると懸念する。

そこで、日本ですでに現実化している労働問題という「社会的害悪（mal social）」に対処するためにボワソナードが提案することは、労資（使）の協調、具体的には「労働者への企業者利益の分配（Participation des ouvriers aux bénéfices des entrepreneurs）」である。最後に、幸い日本の労働者はヨーロッパほど浮動的（nomade）ではなく労資（使）関係も良好だとして、「労働者への利益分配」の最初の試みが成功すれば迅速に普及し、労資（使）間の闘争を回避することができるだろうと述べて、講演「日本に於ける労働問題」を締めくくる。

第 2 節 ボワソナードに対する批判—金井延「ボアソナード氏ノ経済論ヲ評ス」—

明治 25（1892）年 11 月、『法学協会雑誌』第 10 巻 11 号にボワソナードの論考「日本ニ於ケル労働問題」が掲載されると、直ちに経済・社会政策学者の金井延からボワソナードに対して激しい反論がなされた。それが『法学協会雑誌』掲載の「ボアソナード氏ノ経済論ヲ評ス」である⁽³¹⁾。これは金井延の代表的かつ先駆的論文とされ⁽³²⁾、また前述のボワソナード講演に対する批評としても最も知られたものである⁽³³⁾。金井の主張は以下のとおりである。

①ボワソナードがとる 18 世紀的自由放任主義の経済理論はすでに時代遅れである。

「「ボアソナード氏」ハ何故ニヤ近來ハ余リ法律論ヲ為サズ累リニ経済説ヲ公ニスルモノノ如シ。唯恐ル氏ノ経済説ハ法律上ノ思想ニ於ケルガ如ク第十八世紀ノ臭味ヲ帯ビ、今日ノ経済

(29) 社説「綿糸紡織同業聯合会ノ規約ヲ読ム」（『東京経済雑誌』第 26 巻第 641 号、明治 25 年 9 月 17 日）、COTTON YARN MANUFACTURERS AND THEIR EMPLOYÉS, THE JAPAN WEEKLY MAIL, Oct. 1. 1892, 「社会問題の新潮」（『国民之友』第 169 号、同年 10 月 13 日）など参照。

(30) Boissonade, op.cit., pp. 9-12.

(31) 金井延「ボアソナード氏ノ経済論ヲ評ス」（『法学協会雑誌』第 10 巻第 12 号（明治 25 年 12 月）、同誌第 11 巻第 1 号（明治 26 年 1 月）、同第 2 号（同年 2 月））。なお引用は、吉野作造編『明治文化全集』第 21 巻「社会篇」（日本評論社、1929 年）484-492 頁によった。

(32) 河合栄治郎『金井延の生涯と学蹟』（日本評論社、1939 年）398-399 頁。

(33) ボワソナード講演に対する批評としては、他にも寄書・佐久間貞一稿「再ビ東京経済雑誌ヲ読ミ併セテボ氏ノ「日本ニ於ル労働問題」ヲ読ム」（『東京経済雑誌』第 26 巻第 650 号、明治 25 年 11 月 19 日）がある。

学上既ニ陳腐ニ属スルモノヲ再演シテ得意然タラザルナキヤヲ。」

- ②日本には、厳密な意味での、つまり「学問上ニ所謂労働問題」はまだ存在しない。

「…本邦ニハ多少所得ノ不平均アリ貧富ノ懸隔之ナキニ非ズト雖モ、労働者自身ノ之ヲ知覺シ社会ニ対シテ不満ヲ抱クモノ殆ト絶無ナリ。社会全体モ亦労働者ノ事ニ対シ頗ル冷淡ナリ、僅カニ一部ノモノノ間ニ之ニ注意スルモノアルノミ。労働問題ノ種子ハ既ニ之アリト謂フヲ得ベシ未ダ以テ其ノ既ニ全ク起レルヲ説クベカラザルナリ。故ニボ氏ノ以テ労働問題ノ既ニ本邦ニ起コレリト為スハ大ニ誤マレルニ非ザレバ、其ノ所謂労働問題ナルモノハ通俗労働ニ関スル一切ノ問題ヲ称シテ労働問題ト曰フモノタルニ過ギザルナリ。方今ノ学問上ニ所謂労働問題ニ非サルナリ。」

- ③成人男性の労働に対しても「多少ノ」労働時間制限等の保護立法をはかるべきである。

「未婚ノ成年婦ニ対シ労働時間ノ制限ヲ設クベキノ理由ハ、成年男子ニ対シテモ之ヲ適用ス可シ。但男子ニ対シテハ此理由女子ニ対スルガ如ク多カルベカラズ。然レトモ等シク是レ社会ノ弱者ニシテ容易ニ自ラ助クル事能ハザルモノナレバ、多少ノ制限ハ之ニ対シテモ亦必要ナリ。」

- ④すべての成人女性の労働に対してより一層厚い保護立法をおこなうべきである。

「余ハ妊婦並ニ産婦ハ勿論婦女全体ノ労働ニ対シテ保護ノ法律頗ル厚キヲ希望スルモノナリ。ボ氏ハ已婚婦ナラバ其十分ニ保護ス可シト謂ヘトモ是レ決シテ下等労働者社会ノ状態ニ通シタル言ニ非ザルナリ。」ただし、その理由は「婦女ノ経済上ニ於ケル正当ノ職分ハ、男児ノ職分ト異リテ戸外生産ノ業ニ就キテ経済社会ノ競走場裏ニ現出スルニ非ラズシテ、戸内消費経済ノ手段方法ヲ講究スルニ在」るからであり、そもそも女性が戸外で働くことを前提としていない。

- ⑤未成年者の労働に対する保護立法の必要性を説く点では同意見だが、これにより自由放任主義の矛盾は明らかである。

「ボ氏ハ「吾人ハ第一ニ国家ハ幼者ノ自宅外ニ於ケル労働ニ付テハ保護干涉スルヲ要スルヲ信ズ」ト断言シ、喋々幼者保護条例ノ必要ヲ説ケリ。是レ余ノ嘗ツテ公ニセル工場条例制定論中ノ主意ト大同小異ナリ。但タ余ハ此説ノ夙ニ自然法説ヲ信ジ自由平等主義ヲ抱ケル人ノ口ヨリ出デタルヲ見テ、放任主義ハ到底人生ノ必要ニ勝ツ能ハザルヲ喜ブモノナリ。」

- ⑥「同盟罷工」に対しては、断固反対する。

「…同盟罷工ヲ弁護スルモノニテ政治上並ニ社会上ノ改良ニ革命ノ必要ナルヲ説クト同一論法ナリ、余輩豈ニ敢テ之ニ同意スルヲ得ムヤ。同盟罷工ハ稀ニボ氏ノ謂ヘルガ如キ功ヲ奏スル事アル可シト雖モ、労働者ノ之ニ因リテ得ル所ハ果シテ克ク其失フ所ト経済社会全体ノ損害トヲ償フ可キヤ、智者ヲ待タズシテ知ル可キノミ。労働時間ヲ減少スルノ必要果シテ之アリトスレバ、之ヲ為スニハ他ニ良手段ノ在ルアリ、何ゾ必ズシモ同盟罷工ノ如キ毒藥ヲ用フルニ及バムヤ。」

⑦「労働者への企業者利益の分配」によって、ボワソナードが述べるように容易に労働問題が解決できるとは限らない。

「余ハ確ク信ズ、労働問題ノ解釈ニハ決シテ利益分配ノ如キ一個ノ手段ノミヲ以テ足レリトセズ種々様々ノ方法手段ヲ要スル事ナルヲ。」

以上のように、金井はボワソナードの自由放任主義的な経済思想を批判し、成人男性であっても労働者である以上は社会の弱者であるとの認識のもと、すべての労働者に最低限の労働時間制限が必要であるとした。それと同時に、社会主義にも反対する金井は、「同盟罷工」を容認するかのようなボワソナードの論述にも強く反論したのである。

しかしながら、前述のとおり、ボワソナードは雇傭関係を“契約自由の原則”にゆだねることを基本としながらも、それにより不都合が生じる場合には国家が立法により干渉し是正すべきだとしていたのであり、金井が批判するような“完全な自由経済主義者”とはいえないであろう。

そこで次に問題となるのは、このようなボワソナードの労働問題観が旧民法の草案にどのような反映されたのかである。

第2章 ボワソナードの「雇傭契約」論

第1節 「雇傭契約」の性質

旧民法のボワソナード草案において、「雇傭契約 (louage de services)」は「第3編財産取得編 第21章雇傭契約及び請負契約 第1節雇傭契約」として規定されている（旧民法では、「財産取得編 第12章雇傭及ヒ仕事請負ノ契約 第1節雇傭契約」）。本節では、ボワソナード草案における雇傭契約の性質について、ボワソナードが著した旧民法草案の註釈の内容に沿って検討したい⁽³⁴⁾。

1. 「雇傭契約」の意義

ボワソナードは、雇傭契約の定義を、使用人 (employé)、番頭 (commis)、手代 (préposé)、その他主人の身に扶持し又は家に奉仕する僕婢 (serviteur)、肉体労働者 (homme de peine)、日雇労働者 (homme de journée)、農業労働者 (ouvrier agricole)、及び産業労働者 (ouvrier industriel) が、年、月、又は日をもって定められる報酬又は給料のために自己の労務を賃貸する契約であるとする（ボワソナード民法草案〔以下、単に「草案」とする〕財産取得編第956条第1項、旧民法財産取得編第260条第1項）。

(a) 「労務の賃貸借」としての雇傭契約

ここでまず注目すべきは、ボワソナード草案では雇傭契約が一種の「賃貸借」とされているこ

⁽³⁴⁾ ボワソナードによる旧民法の仏文草案とそれに対する註釈書については、前掲・註(14)参照。なお、邦訳する際には、『ボワソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第三編下巻』を参考にした。『再閣修正民法草案註釈』については、池田真朗・七戸克彦『再閣修正民法草案註釈』について（『ボワソナード民法典資料集成』第6回配本〔後期Ⅰ－Ⅱ〕、雄松堂出版、2000年）に詳しい。

とである。つまり、雇傭契約とは、「賃貸人」である労働者が使用者に「自己の労務」を貸し、「賃借人」である使用者は労働者に「賃料」として給与を支払い「労務」を利用する契約を意味する。これは、フランス民法が雇傭契約を「労働又は労務の賃貸借 (louage du travail ou du service)」と呼び請負契約とならんで賃貸借契約の一種としていた（フランス民法第 1708 条、第 1710 条、第 1711 条第 1 項、第 1779 条）ことによるものである。

ただし、ボワソナード草案においては、「物の賃貸借 (louage des choses)」を「物権 (droit réel)」として構成した⁽³⁵⁾ のに対し、雇傭契約及び請負契約のような「労務や仕事の賃貸借 (louage de services ou d'ouvrage)」については「債権 (droit personnel)」であるとして両者の賃貸借を区別したところに特徴がある。その理由は、「物の賃貸借」における賃借人は賃借物と直接の関係を有し、自らの権限で賃借物から利益や使用を得ることができるのに対して、雇傭契約や請負契約といった「労務や仕事の賃貸借」における賃借人（使用者や注文者）は、その賃借物が“就業”という他者（労働者や請負人）の意思によるものであるがゆえに、約された利益（労務の提供）を自らの権限で得ることができないからであるとする⁽³⁶⁾。

(b) 「労務」の内容及びその主体

雇傭契約における「労務 (service)」とは、労働者が他人の一身又は資産の利益のために義務を負うべき労力及び管理のことをいい、その内容は個々の雇傭契約によって異なるものである⁽³⁷⁾。

そして、一般的にこれらの労力及び管理をおこなうとされる労働者の職業には、「使用人、番頭、手代、その他主人の身に扶持し又は家に奉仕する奴婢、肉体労働者、日雇労働者、農業労働者、及び産業労働者」が挙げられる（草案財産取得編第 956 条第 1 項、旧民法財産取得編第 260 条第 1 項）。この列举の中に含まれていない「医師、弁護士、及び科学・文学・芸術・自由学芸の教師」のような高尚な労務を提供している職業については、一般の雇傭契約の対象とはならず特別規定を設ける（草案財産取得編第 962 条、旧民法財産取得編第 266 条）。それに対し、「俳優、音楽家、舞踏家、格闘家又は手品師と演劇その他大衆娯楽の興行者との間に結ばれる契約」（草案財産取得編第 961 条第 1 項、旧民法財産取得編第 265 条）や、「剣術・武芸・手芸・工芸の指導者又は教師、及び獣医」（草案財産取得編第 961 条第 2 項、旧民法では削除）は雇傭契約の対象となる。このようにして、雇傭契約の対象となる職業を条文中に列举することにより、雇傭契約における「労務」の内容が明らかになるのである⁽³⁸⁾。

⁽³⁵⁾ ボワソナード草案の最も特徴的な制度の一つが賃貸借権の物権的構成である。フランス及びボワソナード民法草案における賃貸借権説の検討に関しては、小柳春一郎「旧民法ボワソナード草案における賃貸借規定について」（『法制史研究』39 号、1990 年）、同「ボワソナード草案賃貸借規定と日・仏法学」（『法律時報』70 巻 9 号、1998 年）、同「近代不動産賃借法の研究—賃借権・物権・ボワソナード—」（信山社出版、2001 年）が詳しい。

⁽³⁶⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, pp.1001-1002.

⁽³⁷⁾ Ibid., p.1006.

2. 「雇傭契約」の期間

雇傭契約の期間は、使用人及び僕婢については5年、職工 (ouvrier)・肉体労働者又は日雇人については1年を超えることができない。ただし、「習業契約 (contrat d'apprentissages)」に関する規定はこの限りではない (草案財産取得編第957条第1項、旧民法財産取得編第261条第1項)。この雇傭期間の制限は、労働者と使用者双方に等しく及ぶ⁽³⁹⁾。

この規定は、「人は自らの自由を他人に譲渡することはできない」という大原則のもとにフランス民法第1780条が「人は、時間又は一定の事業のためでなければ、労務を約することができない」として終身の雇傭契約を禁止していることを根拠としている。ただし、フランス民法はあくまでも終身雇傭を禁止するのみである。確かに、当時のフランス学説においても、明らかな終身雇傭契約でなくとも、あまりにも長期の雇傭は禁じられるという解釈がなされていた⁽⁴⁰⁾。しかし、これはあくまでも「終身の雇傭」に類似する契約を禁止する意図にとどまるものであった。さらに、フランスの学説⁽⁴¹⁾及び判例では労働者の利益になる終身の雇傭契約は認められていた⁽⁴²⁾。

これに対して、ボワソナードは、「日本の民法典では労務の賃貸借期間の決定に関してより厳格な制限を設けなければならない」として「終身の雇傭契約を禁じた理由からかんがみて長すぎる契約もまた禁止すべきである」といい、明確な雇傭期間の制限を定めた。これは、当事者の予測可能性や個人の自由及び尊厳を考慮した結果である⁽⁴³⁾。ボワソナードは、フランス民法の終身雇傭禁止の原則をさらに厳格化して旧民法の草案に取り入れたのである。

なお、雇傭期間の制限を超えて雇傭契約が締結された場合は、契約全体が無効になるのではな

⁽³⁸⁾ Ibid.

⁽³⁹⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1009.

⁽⁴⁰⁾ たとえば、ボードリ・ラカンチヌリ (Baudry-Lacantinerie) は、「本条ノ禁制ニ違背シタルヲ以テ無効トナルハ啻ニ畢生間勞役ヲ約シタル合意ノミナラス其他總テ之ニ類スル合意例ヘハ僕婢カソノ生存スルナラント思料サルル時間ヨリ一層永遠ナル時間其勞役ヲ約シ或ハ己レヨリ年少ナル主人ノ畢生間其勞役ヲ約シ或ハ数代ヲ経ヘキ企業ノ継続スル時間其勞役ヲ約シスルカ如キ合意モ亦同シ裁判官ハ此事実ノ認定ニ付キ全權ヲ有ス而シテ裁判官ハ須ラク法律ノ直接ニ為スコトヲ禁シタル所ノ者ハ間接ニ之ヲ為スヲ得ストノ原則ヲ服膺スヘシ」と述べる (ボードリ・ラカンチヌリ (松室致・飯田宏作・古賀廉造訳)『仏国民法正解』売買・賃貸契約編 (司法省, 1888年) 78頁)。同様の趣旨のことを、デルソル (Delsol) (デルソル (栗木貞次郎・箕作麟祥訳)『仏国民法解説』(司法省, 1887年) 309-310頁)、ムールロン (Mourlon) (ムールロン (一瀬勇三郎・井田鐘次郎訳)『仏国民法覆義』第三帙第2巻 (司法省, 1882年) 157-158頁)、アコラス (Acolas) (アコラス (小島龍太郎訳)『仏国民法提要』賃貸篇 (司法省, 1880年) 165頁) も述べている。

⁽⁴¹⁾ たとえば、デルソルは、「雇主ハ其僕婢及ヒ工丁ノ終身之ヲ雇入ル可キノ契約上ノ義務ヲ負フコトヲ得シ是レ此場合ニ於テハ僕婢及ヒ工丁ノ自由權ヲ失ハシムルノ恐アラサレハナリ」(デルソル・前掲『仏国民法解説』310頁)といい、ムールロンも、「雇主ハ己レノ畢生間又ハ僕婢ノ畢生間自カラ其僕婢ヲ養護ス可キ義務を担当スルヲ得可シ、此契約ハ決シテ社会ノ秩序ヲ紊乱スルノ恐ナク又吾人ノ自由ヲ妨害スル者ニ非サルナリ」(ムールロン・前掲『仏国民法覆義』第三帙第2巻, 158頁)という。

⁽⁴²⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1008.

⁽⁴³⁾ Ibid., pp.1008-1009.

く、当事者の一方の意思により雇傭期間が第1項で定められた制限内に短縮される。ただし、満期ごとに両当事者の意思により雇傭契約の更新が何度でも可能である（草案第957条第2項、旧民法財産取得編第261条第2項）。

3.「雇傭契約」の終了

ボワソナード草案が定める雇傭契約の終了は、契約の性質や終了原因の違いにより、(a) 期間の定めのある場合、(b) 期間の定めのない場合、(c) やむを得ない事由による終了、(d) 使用者の損害賠償義務に分けられる。

(a) 期間の定めのある場合

契約当事者双方の合意によって事前に雇傭期間が定められた場合、雇傭契約の終了時期についてボワソナードは明文の規定を設けてはいないが、当該契約期間が満了した時点で当然に雇傭契約は終了すると考えられる。ボワソナードの最良の理解者の一人であった磯部四郎⁽⁴⁴⁾も、旧民法の註釈書のなかで雇傭期間について、「雇傭期間ヲ予メ定ムルモ定メサルモ当事者ノ任意トス而シテ之ヲ定メサリシトキハ第二百六十条第二項ニ拠リテ終了シ又之ヲ定メタルトキハ其期間ノ経過ヲ以テ終了スルコト常ナリ」と述べている⁽⁴⁵⁾。ただし、前述のとおり、雇傭期間には制限があり、これを超える雇傭期間は制限内に短縮される。また、雇傭期間の満期ごとに契約を更新することが可能である（草案財産取得編第957条、旧民法財産取得編第261条）。以上は、当時のフランスの学説と同様の理解にもとづくものであると考えられる⁽⁴⁶⁾。

(b) 期間の定めのない場合

契約当事者間で事前に雇傭期間を定めていない場合は、解約の申入れ（congé）、すなわち当事者の一方が他方の当事者に与える通知によって雇傭契約は終了する⁽⁴⁷⁾。その終了時期について、ボワソナードは、①地方の慣習が存在するとき、②地方の慣習が存在しないときを分けて規定した（草案財産取得編第956条第2項、旧民法財産取得編第260条第2項）。

①地方の慣習が存在するとき

解約の申入れが有効になされる時期、及び解約の申入れから終了にいたるまでの間隔に関して地方の慣習が存在するときは、地方の慣習による時期に雇傭契約は終了する。これは、「労務の賃貸借」である雇傭契約が「物の賃貸借」と同様に恒常的かつ日常的に実行されるものであるため、法律によって細部にわたり全国一律の規定を設けることはせず、「物の賃貸借」における草

⁽⁴⁴⁾ 磯部四郎については、平井一雄・村上一博編『磯部四郎研究 日本近代法学の居曄』（信山社出版、2007年）に詳しい。

⁽⁴⁵⁾ 磯部四郎『民法釈義』財産取得編（中）（第6章～第12章）（長島書房、出版年不明）841頁。

⁽⁴⁶⁾ たとえば、ボードリ・ラカンチヌリは、「合意ヲ以テ労役ノ賃貸ノ期限ヲ定メタルトキハ契約者ノ顕明又ハ暗黙ナル契約ハ已定ノ時間ノ終尾ニ至リ当然終了ス契約ノ終了シタル後双方一致シテ労役ヲ継続スル場合ニ於テハ暗黙ノ再賃貸アリ」（ボードリ・ラカンチヌリ・前掲『仏国民法正解』売買・賃貸契約編、81頁）と述べている。

⁽⁴⁷⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1007.

案財産編第 163 条の 2 (旧民法財産編第 152 条) と同様に、地方の慣習に一定の優越性を持たせたのである⁽⁴⁸⁾。

②地方の慣習が存在しないとき

契約当事者間で事前に雇傭期間を定めず、かつ解約の時期に関する地方の慣習が存在しないときは、解約の申入れ及びそれによる雇傭契約の終了は二つの条件のもとでいつでも可能である。その条件とは、解約の申入れが (i) 相手方の不利の時期になされないこと、(ii) 悪意によってなされないことである。そして、当事者間で雇傭契約の終了時期に関して見解が一致しないときは、裁判所が (i) 及び (ii) の条件を判断する⁽⁴⁹⁾。

上記の条件に反して解約の申入れを行い、雇傭契約を終了させた当事者は相手方に対する賠償 (indemnité) の責任を負う。この賠償の義務に関して、ボワソナードは原則的には使用者と労働者の間に法律上の差異はないとしながらも、「しかし、実際は、賠償を求める権利を有するのはたいてい労務の賃貸人、すなわち使用人・奴婢・肉体労働者であろう。なぜなら、一年のうちのある時期においては、賃貸人〔労働者―筆者訳註〕が新しい職を得ることの方が、主人〔使用者―筆者訳註〕が賃貸人を取り替えることよりも難しいだろうからである」と述べ、この規定が労働者側の有利にはたらくことを想定していた⁽⁵⁰⁾。一方、当時のフランス学説は、あくまで使用者と労働者の間の平等性を前提とし、特に労働者側の保護になることを強調する解釈はほとんどみられない⁽⁵¹⁾。

ボワソナードが旧民法草案に雇傭契約を規定するにあたり、市民社会における平等を原則としてフランス民法・学説に依拠しつつも、使用者に比べて労働者が弱い立場におかれる場合が多いことを考慮していたことは、注目に値する。ちなみに、後にふれる (d) 使用者の賠償義務もこの観点にもとづき規定されたものである。

(c) やむを得ない事由による終了

たとえ事前に定めた雇傭期間が満了せず、またその雇傭期間が法の制限を超過していなくても、期間満了前に雇傭契約が終了する場合がある。その場合とは、①義務不履行又は正当かつやむを得ない原因の発生、②使用者の死亡、③労働者の死亡のいずれかである。

⁽⁴⁸⁾ Ibid.

⁽⁴⁹⁾ (i) の「不利の時期」の例としては、主人の身に仕える奉公人 (domestique) や商家に仕える番頭・手代にとっては年末、農家の奉公人にとっては収穫期が挙げられる。(ii) の「悪意」の例としては、相手方に重大な損害を与えることを知りながら解約の申入れをなすことが挙げられる (Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1008.)。

⁽⁵⁰⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1007.

⁽⁵¹⁾ ムールロンは、以下のように述べる。「田畑ニ付テハ必ス死季ト称ス可キ季候アリテ其季間中ハ之ヲ耕耘スルヲ得ス即チ冬季ナリ、故ニ俄カニ冬季間ニ解約セラレタル奴婢ハ更ニ容易ニ己レヲ雇使スル者ヲ見出スコト能ハサル可ク、又収納多忙ノ時ニ当リ奴婢ヨリ忽チ其解放ヲ求ムル時ハ雇主ハ容易ニ他ノ奴婢ヲ得ルコト能ハサル可シ、故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ解約ヲ求メタル一方ヨリ其解約ニ因リ損害ヲ被ミタル一方ニ対シテ相当ノ償ヲ払フヲ以テ正當ノ処分ナリトス」(ムールロン・前掲『仏国民法覆義』第三帙第 2 巻, 161 頁)。

①義務不履行又は正当かつやむを得ない原因の発生

期間を定めて雇傭契約を締結したとしても、当事者の一方の義務不履行を原因とする解除、又は当事者の一方に生じた正当かつやむを得ないと認められる原因により、雇傭契約はその期日前に終了する（草案財産取得編第 958 条第 1 項。旧民法財産取得編第 262 条第 1 項）。

当事者の一方が契約の義務を履行しない場合に、他方からの契約解除が認められることは当然である⁽⁵²⁾。このことは、フランス学説においても同様に認められている⁽⁵³⁾。

また、「正当かつやむを得ない原因」については、個々の事例において援用された原因が「正当かつやむを得ない」かどうか判断するのは裁判所である。その具体例としては次の (i) ～ (iii) が考えられる⁽⁵⁴⁾。(i) 雇傭契約が当事者の一方にとって非常に重い負担や重大かつ想定外の困難を生じさせたとき⁽⁵⁵⁾。(ii) 当事者の一方が兵役に召集されたとき。ただし、解約に対する賠償金逃れを防ぐため、志願により兵役に就く場合は「正当かつやむを得ない原因」とはみなされない。(iii) 労働者が、病気又は身体障害によって約した労務をおこなうことが困難になったとき。反対に、使用者の病気又は身体障害は「正当かつやむを得ない原因」とは認められない。

なお、相手方の義務不履行や「正当かつやむを得ない原因」が存在しないからといって、事前に定めた雇傭契約期間の満了前に、また地方の慣習が定める時期外に雇傭契約を解約できないわけではない。よって、雇傭契約当事者はその意向がある時にはいつでも雇傭契約を終了させることができる。なぜならば、「何人も自己が拒絶している行為を実行することを法律上（または物理上も）強制され得ない」からである。ただし、その拒絶が「正当かつやむを得ない」と認められる原因によるものではない場合は、賠償の責任を負うことになるのである⁽⁵⁶⁾。

②使用者の死亡

いかなる場合においても、使用者の一身に関する雇傭契約はその死亡により当然終了する（草案財産取得編第 958 条第 2 項、旧民法財産取得編第 262 条第 2 項）。使用者の死亡によって雇傭契約が終了するのは、「使用者の一身に関する」雇傭の場合のみである。雇傭契約が「使用者の

⁽⁵²⁾ 磯部四郎は、「双務契約ニ於テハ一方ハ他ノ一方ノ義務不履行ノ場合ニ契約ノ解除ヲ請求スルヲ得ルモノナルカ故ニ雇傭主カ賃料ヲ給セサルトキハ雇傭人ヨリ又雇傭人カ労務ニ服スルヲ拒ムトキハ雇傭主ヨリ契約ノ解除ヲ請求シ併セテ受ケタル損害ノ賠償ヲ要ムルヲ得ルナリ」と解説する（磯部四郎・前掲『民法釈義』財産取得編（中）、842 頁）。

⁽⁵³⁾ たとえば、ボードリ・ラカンチヌリは、「契約者ノ一方ニ於テ労務ノ賃貸ニ依テ負担シタル義務ヲ執行セサルトキハ他ノ一方ニ於テ契約ヲ解除スルヲ得」と述べ（ボードリ・ラカンチヌリ・前掲『仏国民法正解』売買・賃貸契約編、81 頁）、デルソルは、「一旦雇入ノ契約ヲ為シタル上ハ雇主及ヒ僱婢ノ双方互ニ其義務ヲ負ヒ而メ若シ其一方ノ己レノ義務ヲ尽クサ、ル時ハ他ノ一方ヨリ其契約ヲ解除セント請求スルヲ得」と述べている（デルソル・前掲『仏国民法正解』、311 頁）。

⁽⁵⁴⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, pp.1010-1011.

⁽⁵⁵⁾ ボードリ・ラカンチヌリは、使用者にとっては「僱婢カ其本務ヲ欠クコト重大ナルトキ例ヘハ盗罪ヲ犯シタルトキ」や、労働者にとっては「苛酷ノ待遇ヲ受ケハ充分ノ食料ヲ供セラレ」ないときを例に挙げる（ボードリ・ラカンチヌリ・前掲『仏国民法正解』売買・賃貸契約編、81 頁）。

⁽⁵⁶⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t.3, 1891, p.1011.

一身に関する」ものかどうかは個々の状況にしたがって判断され、争いのある場合は裁判所によって決定される⁽⁵⁷⁾。

③労働者が死亡した場合

いかなる場合においても、労務を提供する側である労働者の死亡によって雇傭契約は終了する（草案財産取得編第 960 条，旧民法財産取得編第 264 条）。使用者の死亡と異なり，労働者の死亡は例外なく雇傭契約を終了させる。この場合，死亡した労働者の相続人から使用者に対して賠償金が支払われることはない。ただし，労働者が生前に賃金を前借りしていた場合は，その相続人によって返還される（草案財産取得編第 960 条但書，旧民法財産取得編第 264 条但書）。

(d) 使用者の賠償義務

ボワソナードは，雇傭契約の終了に関し，さらに労働者側を保護する特別規定を置く。

雇傭契約を終了させる正当な原因が使用者の側にあり，かつそれが地方の慣習上労働者にとって新たな雇傭契約を締結することが困難な時期に発生した場合，裁判所が事情を判断して定める賠償金が労働者に対して支払われる（草案財産取得編第 959 条，旧民法財産取得編第 263 条）⁽⁵⁸⁾。

この規定は，次の二点の意味で「一般法（普通法）（*droit commun*）の例外」と位置づけられる⁽⁵⁹⁾。①一般法（普通法）上は，雇傭契約の終了原因が「正当かつやむを得ない」ものである場合，その原因は不可抗力とみなされ当事者双方のいずれからも賠償金を要求することはできないが，本条は使用者に賠償責任を負わせることが可能である。②一般法（普通法）上は，雇傭契約の終了原因が完全に重大なものとみなされない場合は，当該原因を生じさせた当事者に対し賠償金を請求することができ，その際に使用者と労働者の間に差異は存在しない。それに対し，本条は解約によってこうむる損害の違いを想定し，労働者の側を保護する。

ボワソナードがこのような特別規定を設けたのは，労働者が新たな職を得ることが困難な時期を考慮し，「社会のなかで裕福ではない身分への同情の理由から，法は常に，必然的でもなく完全に重大でもない解約原因によって，奴婢，職工，又は雇人から彼らが当然のものとして頼りにしている生活手段を急に奪うことを望まない」としたためであった⁽⁶⁰⁾。労働者保護にはたらくこの規定は，管見の限り，当時のフランス民法にもフランス学説にも見られないものであり，ボワソナード草案における雇傭契約の一つの特徴と考えられる。

4. 「雇傭契約」の特殊類型

(a) 民事債務の欠如の原則

ボワソナードは，医師，弁護士，及び科学・文芸・芸術・自由学芸（*arts libéraux*）の教師は，「自己の労務を賃貸しない」として雇傭契約の一般規定の対象から除外し，その性質を「自然債

⁽⁵⁷⁾ Ibid., p.1012.

⁽⁵⁸⁾ Ibid., p.1014.

⁽⁵⁹⁾ Ibid., p.1013.

⁽⁶⁰⁾ Ibid.

務 (obligation naturelle)」と構成した⁽⁶¹⁾。それにより、これらの職業でなされる約定は当事者間に民事債務 (obligation civile) が生じず、道徳的義務 (obligation morale) 及び自然債務のみが認められる⁽⁶²⁾。したがって、医師・弁護士・教師は依頼人に約した世話 (soins) 又は労務を提供し継続することを民事上義務付けられない。また、依頼人も世話や労務を受けることを民事上義務付けられない (草案財産取得編第 962 条第 1 項, 旧民法財産取得編第 266 条第 1 項)。それにより、作為債務 (obligation de faire) の自発的な不履行に対する損害賠償が当事者双方に原則的に生じないという点で、一般の雇傭契約と異なる⁽⁶³⁾。

(b) 例外的に民事債務が発生する場合

以下の場合においては、例外的に医師・弁護士・教師の労務の授受に民事債務が発生する。

① 労務の有効な提供

世話・労務の全部又は一部が実際に提供された場合、当事者相互の資格並びに慣習及び合意を考慮して、謝礼 (honoraires) 又は報酬 (rémunération) を裁判上で請求することができる (草案財産取得編第 962 条第 2 項, 旧民法財産取得編第 266 条第 2 項)。これは、「不当損害 (dommages causés injustement)」や「不当利得 (enrichissement sans cause légitime)」の概念にもとづく⁽⁶⁴⁾。

② 労務の提供又は受領の拒否

(i) 医師・弁護士・教師が世話・労務提供を約し、その後正当な原因なくそれを拒否した場合、発生した損害を償う義務が課せられる (草案財産取得編第 962 条第 4 項, 旧民法財産取得編第 266 条第 4 項)。(ii) 上記の職業の世話又は労務の受領を約し、その後正当な原因なくそれを受けることを拒否した当事者は、他方当事者に金銭的な損害を生じさせた場合、賠償金を課せられる (草案財産取得編第 962 条第 3 項, 旧民法財産取得編第 266 条第 3 項)。ただし、これらの規定により賠償が生じるためには、各当事者が約定を破棄するにいたった動機が「正当ではない」ことが常に必要とされる⁽⁶⁵⁾。

第 2 節 旧民法との異同

ボワソナード起草の「雇傭契約」規定は、民法編纂局・法律取調委員会での日本人委員による審議の結果、条文の構成や語句の修正を受けたうえで、明治 23 (1890) 年 4 月 21 日に公布された旧民法で「財産取得編 第 12 章雇傭及ヒ仕事請負ノ契約 第 1 節雇傭契約」として規定された。

⁽⁶¹⁾ ローマ法以来、医師・弁護士・教師といった職業は自由人にふさわしい専門職とされ、対価と引き換えに他者のために自己の労務を賃貸する「雇傭者」には含まれてこなかった (ゲオルク・クリンゲンベルグ (滝沢栄治訳)『ローマ法債権法講義』(大学教育出版, 2001 年) 256 - 257 頁)。

⁽⁶²⁾ Boissonade, projet, nouv. éd., t. 3, 1891, pp. 1018-1020.

⁽⁶³⁾ Ibid., pp. 1021-1022.

⁽⁶⁴⁾ Ibid., p. 1024.

⁽⁶⁵⁾ Ibid., pp. 1026-1027.

ボワソナードの草案と公布された旧民法の条文で内容が異なる点は、主に以下の二点である。

1. 「雇傭契約」の意義

ボワソナード草案は雇傭契約を「労務の賃貸借」として構成するが、公布された旧民法条文は「使用人、番頭、手代、職工其他ノ雇傭人ハ年、月又ハ日ヲ以テ定メタル給料又ハ賃銀ヲ受ケテ労務ニ服スルコトヲ得」（旧民法財産取得編第260条第1項）と定め、雇傭を賃貸借の一つとして位置付けていない。

この点につき、法律取調委員会の雇傭契約に関する第一回目の審議⁽⁶⁶⁾では、当初ボワソナード草案の翻訳である「其雇使ヲ賃貸スルコトヲ得」に対して「「雇使」ヲ「労務」ト改メ「賃貸」ヲ「賃貸借」ト改ム」という修正案が出されたことにつき、村田保委員の「賃貸借ハ、オカシイ」という意見や松岡康毅委員の「労務ノ契約、トスルカ」といった疑問の声が上がり、箕作麟祥委員が「日本ニハ初メニ賃貸借ガアリマスガ此ノ賃貸借ハ何ント云フニ勞力ノ賃貸借デ、何ウモ始終貫ヌカント何ウモ分ランノデスカラ物ノ賃貸借ニ関係ノ無イ様ニシテ置テ第三篇ノ所ト照応シテ往カント、イヘマセン」と応えた。これらの議論をふまえ、法律取調委員会の再審議⁽⁶⁷⁾では、当該部分は「労務ニ服スル事ヲ得」とされ委員たちの承諾を得たのであった⁽⁶⁸⁾。

以上のようにして、雇傭契約は「労務の賃貸借」として構成されないこととなったが、結果として、雇傭契約は労働者が給与を得て「労務ニ服スル事」とされ、条文の文言上に労働者の使用者に対する「従属性」があらわれたことは留意すべき点であろう。

2. 労務の主体

ボワソナード草案では、「俳優、音楽家、舞踏家、格闘家、又は手品師」（草案財産取得編第961条第1項）、及び「剣術・武芸・手芸・工芸の指導者又は教師、及び獣医」（同条第2項）は、一般の雇傭契約の対象となると規定されていた。しかし、公布された旧民法では、「上ノ規定ハ角力、俳優、音曲師其他ノ芸人ト座元興行者トノ間ニ取結ヒタル雇傭契約ニ適用ス」（旧民法財産取得編第265条）とだけ規定され、草案の第2項は削除された。

ボワソナードは、雇傭契約の一般規定が除外される「科学・文学・芸術・自由学芸の教師」や

⁽⁶⁶⁾ 法律取調委員会による旧民法草案雇傭契約部分の審議は二回おこなわれ、第一回目の審議は、明治21年6月19日民法草案財産取得篇議事筆記第六十六回に記載がある（『法律取調委員会 民法草案財産取得篇議事筆記 自第六十六回至第七十一回』（日本学術振興会、1938年）1-25丁）。なお、閲覧は国立国会図書館サイト「近代デジタルライブラリー」によった（<http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367429>）。

⁽⁶⁷⁾ 雇傭契約についての再審議は、明治21年11月21日民法財産取得篇再調査案議事筆記第二十二回に記載がある（『法律取調委員会 民法草案財産取得篇再調査案議事筆記 自第二十二回至第二十五回』（学術振興会、1938年）27-34丁）。なお、閲覧は国立国会図書館サイト「近代デジタルライブラリー」によった（<http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367438>）。

⁽⁶⁸⁾ なお、フランス法に詳しく、法律取調委員会委員でもあった磯部四郎は、雇傭契約及び請負契約について、「学説上之ヲ勞力ノ賃貸ト総称スルモノナリ然ルニ我カ立法官ノ之ヲ三箇ノ有名契約ト為セルハ他ナシ是等ノ契約ト夫ノ物権ナル賃貸借トノ間ニハ大ナル格差アルカ故ニ彼此編ヲ異ニシ及ヒ名目ヲ異ニスルヲ適当ト決定シタレハナリ」と説明している（磯部四郎『民法釈義』財産取得編（中）（第6章～第12章）836-837頁）。

「医師」と、「剣術・武芸・手芸・工芸の教師」や「獣医」を明確に区別し、後者は高尚な職業とまではいえず「自己の労務を賃貸」しているとした⁽⁶⁹⁾。それに対し、法律取調委員会の審議では、これらを特に区別せずすべて「何らかの教師や医者」という点で共通していると解したように⁽⁷⁰⁾、草案の第2項は不要と判断されたのである。

第3節 明治民法との異同

旧民法典は、財産法部分が明治23(1890)年4月21日、家族法・相続法部分が同年10月6日に公布され明治26年から施行予定であったが、これをめぐっていわゆる「民法典論争」が起り、明治25年に民商法について明治29年12月31日までその施行を延期する民法及商法施行延期法律が成立した。そして、明治26年に内閣直属の法典調査会が設置され、旧民法の「修正」というかたちで全条文を見直す審議を経て、総則・物権・債権編が明治29年4月27日、親族・相続編が明治31年6月21日に公布され、二つの法律は同年7月16日から施行された。ここに成立した民法典は「明治民法」とよばれる。

では、ボワソナード草案とそれを受けて成立した旧民法の雇傭契約規定は、明治民法においてどのように「修正」されたのだろうか。本節では、法典調査会における審議⁽⁷¹⁾の検討によって、明治民法で1. 修正された規定、2. 削除された規定、3. 新たに設けられた規定の三点に分けて、ボワソナード草案における「雇傭契約」との相違点をあらわしたい。

1. 修正された規定

①雇傭契約の意義(第623条)

「労務」の内容には制限がなく、医師・弁護士・教師のような自由業として営まれる労務も含まれる。「報酬」の種類も制限はなく、金銭に限らず扶養のように無形であってもよい。労務の期間の定め方も、年、月、日に限らないとされた。また、雇傭を賃貸借の一種と構成しない。

②雇傭契約の期間(第626条)

通常5年、商工業見習者は10年が最長期の制限である⁽⁷²⁾。ただし、それを超える契約ができ

⁽⁶⁹⁾ Boissonade, projet, nouv. éd. t.3, 1891, pp.1015-1017.

⁽⁷⁰⁾ 法律取調委員会の審議中の、「二項ニ獣医トアリマスガ註ニハ獣医ト人間ノ医師ト違フトアリマスガ区別ガアリマスカ」(箕作麟祥委員)「獣医ハ除キマシタ」(栗塚省吾報告委員)、「全体理屈カラ云フト技芸授業者ハ美術デ教師トハ一緒ニナランガ工芸ト云ヘバ美術モアル」(松岡康毅委員)、「學術ノ中ニ武学ガ這入ルデシヨウ」(栗塚省吾報告委員)といった発言から推察される。

⁽⁷¹⁾ 法典調査会による旧民法典雇傭契約部分の審議は、明治28年6月28日第98回法典調査会議事速記録、及び明治28年7月2日第99回法典調査会議事速記録に記載がある(『法典調査会 民法議事速記録 第三十四巻』(日本学術振興会、1935年)1-136丁)。なお、閲覧は国立国会図書館サイト「近代デジタルライブラリー」によった(<http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367561>)。

⁽⁷²⁾ 商工業見習者の雇傭の制限が10年というのは、「五年断ツタキハ契約ヲ解除スルコトガ出来ルト云フコトニナツテ来ルト狡猾ナ丁稚ハ小サイ時分ニ養ツテ貰ツテ善イ加減ニナツテ独立ガ出来ルヤウニナルト契約ノ解除ヲ為スト云フヤウナコトニナリハシマセヌカ」(井上正一委員)という質問から修正案で新たにつくられた規

ないのではなく、制限期間を過ぎればいつでも解除ができる。したがって、「当事者ノ一方若クハ第三者ノ終身間継続スヘキ」契約も可能である。他方、ボワソナード草案では、使用人や僕婢は5年、職工・肉体労働者・日雇人は1年が最長期とされ、それを超える雇傭契約は制限内に短縮できるとされていた。また、この場合による契約の解除には三ヶ月前の予告を必要とする第2項の規定は、ボワソナード草案にはない。

③期間の定めのない雇傭の解約（第627条）

「不利ノ時期」や「悪意」によって解約の申入れをしてはならないという制限ではなく、解約の予告期間を2週間と定めることで、雇傭契約を突然解約される当事者の不利益を防止する。解約申入れの理由に制限はない。また、報酬が期間によって定められている場合の解約申入れの時期及び解約がなされる時期についての規定（第2項・第3項）は、ボワソナード草案にはない。

④やむを得ない事由による終了（第628条）

ボワソナード草案と実質上ほぼ同趣旨の規定だが、「正当かつやむを得ない原因」が当事者の一方に生じた場合だけでなく、「当事者ノ一方ヨリ出テサル」場合によっても解除できる。

2. 削除された規定

①使用者又は労働者の死亡による雇傭契約の終了

使用者の一身に関する雇傭契約がその死亡によって終了すること、及びいかなる雇傭契約も労働者の死亡によって終了することは、「言フヲ俟タヌコトデアリマスルシ或人ノ一身上ニ関シマスル契約ハ死亡ニ因テ之ノミナラス外ノモノテモ終了スルト云フコトハ是迄モ一々断」らなかつたので、ことさら条文にする必要はないとされた。

②雇傭契約の終了における使用者の賠償義務

ボワソナードは、雇傭の終了に関し、使用者側から雇傭を終了させた場合で、それが労働者にとって不利益な時期であったときは、裁判所が事情を判断し使用者に賠償金を支払わせることができると定めた。これは労働者の保護をはかる目的の規定だったが、明治民法では、「法律ノ問題、権利ノ問題ニセスシテハ矢張り徳義ノ問題ニ残スノガ穏当デアラウ」とされ削除された。

③労務の主体

雇傭契約における「労務」の種類に制限はないので、ボワソナード草案のように雇傭契約の対象となる職業を列挙する規定は必要ないとされた。

④雇傭契約の特殊類型

当初は、医師・弁護士・教師の労務を雇傭契約に含み、これらは「特別ノ信用ニ基ク學術上ノ労務」を雇傭の目的とする場合として特別規定を設ける予定であったが、主に「各当事者ハ何時ニテモ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」という点に批判が集まり削除された。

定である。

3. 新たに設けられた規定

①報酬の支払い時期（第 624 条）

「労務契約ノ如キモノハ其性質上同時履行ト云フコトガ甚タ六ヶシイ」ので、報酬の支払時期は特段の事情のないかぎり後払いである。

②雇傭契約における権利・義務の一身専属性（第 625 条）

雇傭契約の目的物たる労働力は労働者本人とは切り離し得ないものであり、人的関係が重視されるため、「甲ナル人ニ使用サレテ居リマシタ者ガ又一般ノ債権譲渡ノ規則ニ拠リマシテ乙ナル者ニ使用サレルト云フヤウナ風ノコトハ是レハ禁シナケレハナラヌ」として規定された。

③雇傭契約の黙示の更新（第 629 条）

雇傭契約は関係が引続くものであるため、「其満期ニ為リマシテモ矢張り労務ニ従事シテ居ル（中略）場合ニハ、双方ノ意思ガ其期間ヲ延長シタモノト見ルト云フコトハ明ラカ」であり、賃貸借に関する規定と同趣旨である。第 2 項の身元保証に関する規定は、民法整理会で付加された⁽⁷³⁾。

④解除の非遡及効（第 630 条）

雇傭契約の解除は、賃貸借の解除と同様、その効力は将来に向かってのみ生ずる。

⑤使用者の破産手続の開始による解約の申入れ（第 631 条）

使用者が破産の宣告を受けた場合、労働者に対する報酬の支払ができなくなる可能性が高く、「一方ハ既ニ契約ノ要件ヲ充タスコトカ出来ナクナツテ居ル夫レテアルノニ尚ホ人身ノ自由ヲ束縛シテ尚ホ引続イテ労務ニ従事致サナケレハナラヌト云フコトヲ極メテ置クノハ何ウモ不都合」であるため、雇傭期間の途中であっても解約を認める。

以上のように、法典調査会による「修正」は非常に多岐にわたっているが、ボワソナードが旧民法で規定しようとした労働者保護にはたらく規定がすべて変更されていることは見逃せない点である⁽⁷⁴⁾。第一に、雇傭契約期間の制限が延長されたうえ、間接的な制限となったため終身の雇傭契約も有効となった。第二に、解約の制限事由は 2 週間という解約予告期間にかわり、解約理由に制限がなくなった。第三に、使用者の賠償義務は全面的に削除された。要するに、労働者の終身間の雇傭と不当解雇を防ぐ規定は、明治民法には残されなかったのである。

⁽⁷³⁾ 明治 28 年 12 月 30 日第十二回整理会速記録に記載がある（『法典調査会 民法整理会議事速記録 第四巻』（日本学術振興会、1937 年）108-109 丁）。なお、閲覧は国立国会図書館サイト「近代デジタルライブラリー」によった（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367602>）。

⁽⁷⁴⁾ 前掲・矢野達雄「日本民法典における雇傭規定の成立（1）」においても、旧民法から明治民法への「修正」の過程で雇傭契約における労働者保護が弱められていることは指摘されている（同論文 143 頁以下）。